

英法の孤立性について

——英國比較法學の史的背景——

水田 義雄

「一」 英法は屢々、その孤立性をもつて知られた。然し乍らその孤立性 Isolationism, Insularity の意義、用語例については必ずしも一定したものが存するわけではない。

（一）或いは英國法律家における「頑迷な迄に排他的島國的孤立の風潮、氣質を指摘する意味で用いられた（たとえは「英法概論」湯淺譯二三頁參照）。

古くは既に十三世紀、英國豪族の「我ら英國の法の變更せらるゝを欲せず」 *Nolumus leges Angliae mutari* とした態度、また近くは十九世紀末葉、英國に從來法律學の大いに興らざりし原因なりとして碩學メイトランドによつて指摘せられたる英國法律家の孤立、孤高的態度、即ち自國法の内部的關連の追求のみに終止し、遂に外國法に餘り關心を寄せようとしなない傳統的な態度 *our very complete and traditionally consecrated ignorance of foreign law* 等を、その事例として擧げる事が出来るであらう。

之等英法發達の歴史に一貫して古くから存し、ために英法を著るしく偏向的たらしめる原因となつた性格、風潮、其處から「固有の法が粗野な排他性の中に成長」(Pollock は、これを *Rude and obscure in its beginnings, there rose in this island a home-grown stock of laws and a home-grown type of legal institutions* と表現) (p. 58. Oxford L.) する事ともなつたし、また「眞の意味での英法史が書かれなかつた」(Maitland, *Why the History of English Law is not written*) (1890) p. 46. 等の結果も生れたとせられ得べき古來からの傳統的法律家の態度、風潮が指摘せられ、意味せられたのであつた。(1)

(II) この様な性格、風潮は、英法における羅馬法の影響如何の問題を論ずるについても、直ちにその偏向的な結論を生むのであつた。

即ち、英國においては、元來、自國法への羅馬法の影響をば成る可く否認、若くは過小評價せんとする傾向があつた。少くとも十九世紀末葉頃までは、眞の歴史的研究の不足と英法獨自の性格、存在を強調せんとする愛國的熱情の故に、英法の堅壘に迫つた羅馬法の完敗を誇張し、その孤立性を強調せんとする傾向に禍いせられていたことは否めない。我々はその様な主張、風潮の頂點として Sir Edward Coke を擧げる事が出來よう。Coke は英法は未だ嘗つて一度も外國法の影響を受けた事がないとまで極言したのであつた。(1)

此處にも英法における孤立性主張の一つの姿があつたとなし得よう。

(III) 然り、英法の孤立性とは専ら英法發達に關するものであり、それが羅馬法、大陸諸國法との關連において孤立的島國的であつた事を指して名付けた英法の一性格であるとなす事は、まことに適當であると考えられる。然し乍ら、それは飽くまでその孤立の姿を、眞の歴史的研究の成果、考察に基いて認められ得る場合でなければならぬ。(3)

つまり前(Ⅱ)項に述べた様な意味、成る可くその影響を否認、若くは過小評價しようとする様な意圖、傾向に立つて事を論ずるは許さるべきではない。蓋し其處では事實に關する正しい認識、事柄に關する正當な判斷、評價が歪められて了うであらうからである。

此の様な場合に於て始めて英法の孤立性は眞に理解せられ得ようし、またその最も相應しき用語例ともなる筈である。

孤立性についての種々な用語例を擧げた。その間、問題を整理して結論を明かにすれば、つまりは次の様に云う事が出来るであらう。これはいわば孤立性という言葉の問題でもあるのだが、それは先行的に各々(1)孤立的たらしめようとする態度、風潮(2)それが或る論者により孤立的だと主張せられる事(3)それが客觀的に孤立的、島國的事である事を各強調せんとする意圖に結び付けられ得るであらう。既に述べた(Ⅰ)及び(Ⅱ)の意味での用語例、英國法律家の態度、風潮、若くは頑迷にまで他よりの影響を否認しようとする傾向の如きは、此處に所謂(1)若くは(2)に該當するのであって、未だ英法自體の性格、その孤立性、島國性の指摘、強調ではないのであつた。眞に英法の孤立性という概念が當嵌るためには、英法自體の屬性、その發達、發展が客觀的に孤立的たる事を主張するものでなければならぬ筈である。

従つて本稿においては前記(Ⅲ)(それはまた(3)に對應するものであるが)の意味に孤立性の意義を限定し、専ら之を追求する事をその重要課題なりと考える。

其處で問題は次に、その様な意味での孤立性とは具體的に如何なるものであるかの説明に移らねばならぬ事となる

のである。

〔二〕 先に、少くとも十九世紀末葉頃迄は英法史に關する見解が孤立的、島國的偏向性を帶び勝ちであつたとした。これは其の頃メイトランド或ひはポロックの研究を契機として以後大いに英法史研究の成果が舉り、英法における羅馬法影響の問題も、次第に眞の姿が明瞭にせられて來た事を指すに外ならない。

その以後における英法史は、徒らなる孤立孤高的主張に禍いせらるゝ事なく、正當なる他國法との關連、關係を認めつゝ尙おその孤立性を説くに至るのであつた。

今、その様な研究の成果を汲みつゝ、其處に主張せられてゐる英法の孤立性とは如何なるものであるかを説かねばならぬ。この様な立場に立ちつゝ尙お認めらるべき孤立性こそ、我々が本稿において取扱わんとする問題、對象たるに外ならないからである。

中世における羅馬法研究復興、ポロニア法學勃興以前にあつては、英法も他の大陸諸國法と同じく根本的には、
(四)ゲルマン法的であつた。そして尙お、英法は今日に至るまで、その性格を依然失つていない點も少くはないのである。

更に中世紀を通じて英法の生成、發展は著るしく大陸諸國法史と相異れる態様、經過を示す。其處では土着的、固有法的な普通法體系が發達したのであつて、之は近世に至つても依然その性格に忠實さを示すのであつた。

英法がいろ／＼の時代に採り入れた羅馬法的要素は極く輕微であり（此處で輕微と云う言葉が誤解を招き易いとしたなら
差し支え）之は普通法の中に容易に同化せられ、その繼續的發達に破綻を來すような事、若くはまたその性格に著るし
ない。）

い變更を加えた様な事は一度もなかつた。

つまりは Glanvill, Bracton の時代から極く最近に至るまで一貫して凡そ英法大法律家をもつて稱せらるゝ程の人は Littleton, Coke, Bacon, Mansfield, Blackstone のいずれを問わず凡て土着的固有法的法體系たる英普通法の法律家達であつた。またルネッサンス期に羅馬法からの影響、刺戟を一應は強く受けつゝも（此の點後述）之から普通法を守り通したのも同じく普通法コンモンロー・ロイヤルズ法律家達であつたのである。

此處に英法孤立性の姿があつた。即ち「凡ゆるその發展段階において他法系から壓倒的影響を受ける事なく、四面海に圍まれた一小島に、外部、海外から孤立して排他的に自己獨自の法を創造、發展せしめた事」を英法發達における著しい特徴なりとして指摘すべき所以が此處に存したとなすべきなのである。^(五)

(一) 英國法律家の孤高的態度は單にその内部的、國內的關係においてのみでなく、國際的、對外的にも亦現われる。國際會議、協定等に際して、常に必ずしもその協調的に非ざる事が批判、論難せられる類が之である。この様な場合、我々としては眞に英法自體の孤立性を認識した上で事を論ずる必要がある。蓋しその根本的な原因たるや徒らなる島國的頑迷、偏向的氣質にのみ求めらるべきではなく、深く英法自體の有する諸性格にも基因する處が多いと考えられるが故である。（この點に關し *Grundriss, Comparative Law*, p. 142 以下参照）

(11) Coke, *Introductory Letter to Part 10 of the Reports and Preface to First Institute*.

(12) 英法孤立性は英法の特徴を示す一概念であつてその歴史性、獨自性等と並んで理解せられる必要がある。本稿ではこの様な見地から解説を試みた。

尙お本稿中の歴史的説明、時代的區分の如きもこの目的、性質から自ら限定を受けざるを得なかつた。元來、一時代を他の時代から區別して、これに明確な境界線を引く如きは不可能に近い。更にそれが文明の形成という廣汎でしかも錯雜を極めた主題を取扱う場合に於ては特に然りである。そこで年代、時代別の如きは科學的定義というよりは寧ろ實際上の便宜、英法孤

立性理解に必要な程度に限った。たとえば十六世紀ルネッサンス時代となした如きは略々その年代における時代的特徴を強調せんとした表現なのであつた事を了承せられたい。

- (四) 此處で我々は現在英法は獨逸の法制よりもはるかにゲルマン法的であるとしたパウンド (Spirit of the Common Law) の提言を想起する。「イギリス人は羅馬を除けば固有法を保持し、之を發展せしめた西洋唯一の國民である」とする命題も同じ事象の異なる表現であると思ふ事が出来よう。

- (五) 本稿を成すに當つては左の諸著書に寄る所が多かつた事を此處に附記して置く。
H. D. Hazeltine, The Renaissance and the Law of Europe (Cambridge Legal Essays, 1926 chapter IX)

ヘーゼルトインのこの論文はルネッサンスの、之に先立つ時代に對し有する連關、之に續く時代に對する意義を次第に闡明し、ヨーロッパ諸國における繼受問題を比較法史的に展開する。

Hazeltine, "The jurists' explanation of legal development in England and elsewhere" in the preface of Pound's Interpretations of Legal History, 1923.

Frederick Pollock, English Opportunities in Historical and Comparative Jurisprudence (Oxford Lecture and other Discourses, London 1890 所收)

二

孤立性の意義、既に前述の如く、英法發達における性格、普通法主流性の姿を指すとすべきである限り、それは英法における羅馬法の影響如何の問題をその中心的課題として持つ。^(六)同時にそれは、その影響の性格なり、重要性に關する評價が特に問題となるであろう。つまり羅馬法影響如何の問題と、同時に之が英法史において一體如何なる地位、性格を帯びるとせらるべきであるか、いわば羅馬法影響の種類、態様の外に、その性格如何の問題を論じなければな

らぬとするのである。蓋し、斯くしてこそ始めて、英法における羅馬法の影響が捉えられ得ようし、また英法の一性格としての孤立性が説き得られると考えられるからである。

この場合、特に次の事柄に注意する必要がある。即ち、既に影響に關する問題である限り、それは多面的、關係的考察が必要である事である。つまりは(1)影響する側、即ち如何なる状態にあつた羅馬法が影響したとせらるゝのであるかの問題(2)影響せらるゝ側、即ち當時における英法は如何なる發展の段階にあり、如何なる状態にあつたかの問題(3)兩者の關係、即ち兩者が如何なる状態の下に結び付いたか、當時如何なる文化的潮流の存するものありて或いは之を容易にし、或いは之を困難にする等の事情が存したかの問題等を考察する必要に迫られるのである。

次に少しく之を分説するであらう。

(一)英法發達の歴史にあつても特に羅馬法の影響が論ぜらるべき幾つかの時代が存するのであるが、之等は一體、如何なる時代であつたであらうか。

之を時代順に挙げると(1)ローマン・ブリテン時代(2)アングロ・サクソン期諸立法への影響の問題の外に、ノルマン・コンクエスト以後にあつては(3)十二・三世紀、所謂英法形成期における羅馬法の影響(4)十六世紀、所謂ルネッサンス期における羅馬法影響(排除)の問題(5)十八世紀、商業的大發展時代に即應しての羅馬法影響(6)十九世紀、産業革命時代以降における羅馬法影響の問題等が挙げられ得るのであるが、之等の諸時代は一體英國にとつて如何なる時代であつたか、當時英國は如何なる世界的事實の中に立つていたのであらうか。

(1)ローマン・ブリテン時代及び(2)アングロ・サクソン時代は恰度、英國は羅馬によつて軍事的に占領せられ、若く

は羅馬の宗教、基督教の著るしい影響下にあつた時代であつた。また(3)(4)の十二、三世紀及び十六世紀には歐羅巴大陸で羅馬法の復興及び羅馬法繼受が盛んに行われたのであつて、之をイエーリングの有名な命題「羅馬は三度、世界を征服した。一は軍隊により、二は宗教により、三はその法律によつて」とするその各々の時代に各該當する事を先ず留意する必要が存するのである。つまりは世界を征服した羅馬の軍隊、宗教も當然英國に及んだのである限り、その征壓下、影響下、之に伴つて羅馬法の内容、實質若くはその形式、態様が影響を及ぼしたのである事は自ら考え得る處なのである。(1)及び(2)の時代の羅馬法影響は、この様な軍事的、宗教的影響下、それに相應しい性格を帶びたとなす事が出来るであらう。

(二)この點について今、觀察點を變えて、同じく英法史にあつて特に制定法が數多く制定せられた時代、改革的氣運特に旺盛なりし時代は何時であつたかを回顧對照して考察する必要がある。

第一が中央集權的、封建國家建設期とも云うべきウィリヤム一世からエドワード一世に至る所謂ノルマン及びアンジヴィン王朝時代。

第二が宗教革命期。封建制度漸く崩壞に瀕し、近代資本主義國家へ移行せんとする時代と見るべきチュウドル王朝時代。

第三はフランス革命を中心とする自由民權の時代、産業革命の時代である十九世紀前半。

自由放任主義的經濟から集産主義的經濟への變轉期たる事の特徴とする十九世紀後半から現在迄。が擧げて說かれるを一般とする。(たとえば高柳、法源理論四八頁)之等の時代を別の表現でいえば略々十二、三世紀、十六世紀及び十

八、九世紀なのであつて、之は前記羅馬法影響の特に論ぜらるべき時期に各該當して居る事を知る。

つまり羅馬法に對する關心特に高く、その影響の論ぜらるべき時期は、國內的には、立法旺んに行われ、外國法に對する關心亦特に高からざるを得ざりし時代であつたのであつた。其の間、直接的若くは實質的影響ありたりや否やは今暫く別問題として、羅馬法影響の性格なり、限度なりを論ぜんとせば必ずやこの様な、單に外面的のみでなく内面的諸條件の分析、考察をもしなければならぬ事となるのである。

(三)同時に之等羅馬法影響の特に論ぜらるべき時期が、英法發達の歴史において如何なる意義、重要性を有したかを常に考慮に入れつゝ事を論じなければならぬであらう。蓋し、英法はゲルマン法的なアングロ・サクソン期の慣習法を基礎に自ら獨自の法體系として形成、發展したのであるから、その間、各時期の異なるに従つて、繼受、影響の有する意義なり重要性なりも、之に對應して異つて來なければならぬ筈であるからである。之を具體的に見て、前記(1)ローマン・ブリテン時代については、イギリスの先住民族たるブリトン人の固有法たるケルト法と、彼らが數世紀間羅馬の支配下にあつたことによつて受け入れられた羅馬法とが問題となり得るのであるが、之は五世紀以來イギリスに侵入してブリトン人を驅逐したアングロ・サクソン民族のゲルマン的法律慣習に殆んど影響を與えなかつたとせられるのでありまた(2)アングロ・サクソン時代にも、其處における羅馬法の影響は、單にその形式、法典編纂という様式上の影響が、その基督教化の下に行われたに過ぎず、實質的、内容的な影響は別に受くる事なく専ら固有法的色彩の強い法律を残したに過ぎないと見らるゝが故に、^(八)之等は英法史的重要性は他の時代における問題程には認められるとはなし難いであらう。

(3)及び(4)の十二、三世紀及び十六世紀の問題は、所謂、大陸諸國における羅馬法研究の復興及び *Renaissance, Reformation, Reception* の行われた時代の問題であつて、英法が、その様な歐羅巴大陸での諸運動、若くは文化的潮流に對し如何なる反應若くは抵抗を示したかの問題として捉えらるべきであり、且つ特にこの時期が英法形成期並びに發展期、即ち、アングロ・サクソン期の慣習法を基礎に自己獨自の法體系を形成、發展せしめ、更に、その基礎に立つて強い羅馬法繼受の危期を脱却し得た時期に當るのであるからして、所謂英法における羅馬法影響の問題として特に重要な意義を持つ時代であるとせられねばならぬ。

其處での影響の性格、限度こそ最も英法史的重要性を持つのであり、英法孤立性に特に關係深き問題であると信ぜられるのである。其處で本稿では前記の様な諸事情を考慮に入れつゝ、また之等の時代に専ら焦點を合せつゝ——之は元より英法孤立性を闡明せんとする本稿の目的故の限定であり、方法であると考えられるのであるが——暫くその影響の問題を續けて説く事とした。

(六) 英法における羅馬法影響の問題については既に左の如く多くの學者によつて興味ある研究が遂げられている。

次に(1)一般的取扱(2)主として十二、三世紀(3)主として十六世紀(4)十八、九世紀關係に分けてその主なる參考書を掲げて置かう。

(1) Amos, *The History and Principles of the Civil Law of Rome*. (1883)

Buckland, W. W., *Textbook of Roman Law* (2nd ed. 1930)

Manual of Roman Law, Cambridge (1926)

Main Institutions of Roman Law, Cambridge (1930)

Buckland and MacNair, *Roman Law and Common Law* (1936)

- Fehr, Hans, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1925)
- Jolowicz, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*.
- Mackintosh, Roman Law in Modern Practice (1934)
- Matin, Olive., *Précis d'Histoire du Droit français*. Cambridge (1932)
- Mulhead, J., *Historical Introduction to Private Law of Rome*.
- Munroe, Smith., *The Development of European Law* (1928) (Ed, Grand-gony. 1916)
- Pomeroy, A *Treatise on Equity Jurisprudence* (1911)
- Radin, M., *Handbook of Roman Law*. St. Paul (1927)
- Radin, M., *Roman Law in the United States*, atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, III, 345-360 (1935)
- Savigny, F.C. von., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. (2d. ed. 1834~1850)
- Scrutton, Thomas., *The Influence of Roman Law on the Law of England*. Cambridge 1885.
- Scrutton, *Roman Law Influences in Chancery, Church, Courts, Admiralty and Law Merchant*. Select Essays in Anglo-American Legal History. Vol. I. (1907) pp. 212 et seq.
- Sherman, *Roman Law in the Modern World*. (1922)
- (2) Güterbock, Carl, *Henricus de Bracton* (1862) tr. by Brion Coxo as *Bracton and his relation to the Roman Law*, Philadelphia, (1866)
- Hazeltine, Harold, *Cambridge Medieval History*. Vol. V. Camb. (1926)
- Maitland's *Introduction to Bracton and Azo* (Selden Soc.)
- Megrial, Ed., *The Legacy of the Middle Ages*, Oxf. (1926)
- Senior, W., *Roman Law in England before Vacarius*. 46 L. Q. R. 191~206.
- Senior, W., *Roman Law Manuscript in England*, 47 L. Q. R. 337~344.

- Vinogradoff, P., *The Roman Elements in Bracton's Treatise*, 32 Yale L. J. 551, 770.
- Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, Oxf. (2d. ed. 1909 by F. de Zulueta)
- Warren, C., *History of American Law* (1911) pp. 165-175.
- Woodbine, A. E., *The Roman Element in Bracton's Chapter's on De Acquirendo Remm Dominio*, 31 Yale. L. J. 827-847 (1922)
- (3) Maitland, F. W., *The English Law and the Renaissance* (1901)
- Maitland, Wycliff on English and Roman Law. 3 Cell. Papers. 50-53.
- Ogg, David W., *Journals Seldoni ad Fleetam Dissectatio. Introduction. XIX-XXVI*. Camb. (1925)
- Senior, W., *Doctor's Commons and the old Court of Admiralty*. (1922)
- (4) Oliver, *Roman Law in modern Cases in English Courts*, in *Cambridge Legal Essays* (1926) 242 ff.
- 尙お特にローレン・ヘリナン時代に關するものとして次の如きを掲げ得る。
- Finslson's *Introduction to Reeves, History of English Law* (1869)
- (七) Holdsworth, *History of English Law*, Vol. 9. p. 411.
- (八) Maitland, *Sketch of English Law*. p. 42.

III

(a) 十二、三世紀は所謂、英法形成期であつた。アングロ・サクソン期の慣習法を基礎に自ら獨自の普通法體系を形成、發展せしめ得た時代であるとせられるのであるが、其間、特に著名の法律家として Glanvill, Bracton の名が擧げられる。特に之等兩者における羅馬法からの影響が屢と論ぜられたのであるが、それは前述英法形成と云う事にとつて一體如何なる意義、關係を持つたとせらるべきであらうか。つまりはこの期における羅馬法の影響とは如何なる性

格、態様を持つたとせらるべきであらうか。

Glanvill にもつは、その著 Tractatus de Legibus (about 1187) Bracton にもつは De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque (about 1250) を通じて羅馬法からの影響が論ぜられる。

その前者については羅馬法、カノン法上の法律概念、諸形式が、かなりの程度借用せられ、英法自體の構成に適應せしめられた事が指摘された。^(九)

その後者については特に學問的關心を呼び、多くの研究がなされた。或いは、その形式については全部、その實質、内容については約三分の一を借用したとなし、或いはまた「羅馬法から概念、用語、格言、諸原則を借用し、比較的素朴、單純なオーソリテイから相當なシステムを土着的基礎に基きつゝ形成、建設するに至つた」事が指摘された。^(一〇)
^(一一)

この様にその具體的態様、程度に關してはなお若干の検討、議論の餘地は存するにせよ兎に角英普通法構成、形成に當つて相當の影響が存した事は認められ得るのであつて、この點、多くの學者の一致せる處であると稱し得る。否英法は其の後（特に十六世紀）に至つて更に強い羅馬法からの影響、刺戟を受けるに至るであらう。その場合にも尙お頑強に之に對抗、排除し得る事、後述の如くであるが、その様な免疫性、強韌性を英法に與えたのは、一にその形成期に一種の影響を受け、しかもそれに耐え得ていた事、つまりは恰かも「致命的感染を免疫せしめる豫防注射の如き」役割を十二、三世紀における羅馬法影響が仕遂げていたが故であつたとする見解も可能なのであつた。^(一二)

之は一つの法律體系が、その形成期に當つて他のより完備せる法律體系に接觸した場合に如何なる態様、程度の刺

戟、影響を受けるであらうかの問題の極めて恰好な研究對象たるを失わないのであつて、この場合、次の様な諸點を分析、考察する必要が存すると考えられる。

ノルマン・コンクエストとそれに續く約二世紀間は（本稿前述十二・三世紀とあるは略々この時代を指す）英法發達史にとつて重要な意味を持つた。ノルマン征服王と、その後繼者達（ノルマン王朝及びアンジヴィン王朝）は少くとも、次の二つの意味からも英法發達に大きな貢獻意義を持つた、とせられねばならない。第一は、この時代、之等國王達による強力な王權確立、之に伴う中央集權的司法政策の樹立、遂行であつた。即ち普通法裁判所、巡回裁判制度が確立、運用せらるゝに伴つて比較的早くから、全國的統一の法、英普通法が成立するに至つたのであつて、之は歴史的に大きな意義を持つとせられねばならぬのである。蓋し、後刻、歐羅巴大陸諸國に於ても資本主義が興起、進展すると、之に伴う時代的要請として法の全國的統一の必要が叫ばれるに至つて來る。——たとえば佛蘭西で中世後期、各地方慣習の公的編纂が企てられ、十六世紀初頭に至り、漸くにしてその成果を生むに至つた、あの事業の如きも、實はこの法の全國的統一への初步的段階であつたと見る事が出来る——之に對し、英國では既に早くから、その様な運動を必要とする事なしに、全國的統一の法、普通法を持ち得たのであつた。この事は英法、爾後の發達に凡ゆる意味で大きな意義を持つたのであり——この點、後章更に續けて説くであらう——英法孤立性への一つの強力な要素となつてゐる事を此處に指摘しなければならぬのである。

第二はノルマン・コンクエストによつて英國と歐羅巴大陸との間に新しい連絡が開かれたという事、英國王と佛領ノルマンディの領主との二重の地位が一人に歸屬し兩者間の密接な關係が始まる可能性が與えられたという事、之で、

ある。

プランタジネット初期には英王のはるかに大きい領土が佛蘭西にあつた。この様な政治的關係から生じた不斷の交通は貿易の機會をはるかに多からしめもしたし、また法律制度の類似化、一様化も著るしくもたらされたであろう。蓋し、海峽の兩岸が同一の支配者に屬したという事實は、之等を一層有利若くは必然たらしめたのであつて、英國は此處にあらためてキリスト教歐羅巴の共同生活 the common life of Christian Europe に入り込んでいた事が一層確實となるのであり、西歐羅巴文化は間違いなくアングロ・フレンチをも支配する。そしてこの事は百年戦争という封建的悲劇まで續くのであつた。此處に英法の比較法制史的研究の著るしい沃野、しかも未開拓な分野が存するのであり、その研究の大いに起るべき基礎が存するのである。^(一二三)

蓋し時宛かも歐羅巴に羅馬法復興の事があつた。ボロニア學派は、この羅馬法研究復活の中心であつたとなし得よう。此處に端を發した法律學研究が各國に及び、また數世紀間支配的地位を占めるのである。ボロニアから同じく中世カノン法の大家 Gratian が出たのであつた。

今、この様に歐羅巴大陸に羅馬法、カノン法研究が大いに起りつゝあつた恰度その時英國は既に前述の如く、歐羅巴大陸諸國、特に北佛蘭西と密接な關係に立つていたのであつて、この様な政治的、統治的統一下にあつて英普通法が形成せられたのである以上當時の裁判官、法律家達が歐羅巴で著るしい展開、發展を示しつゝあつた知的潮流、羅馬法研究の復活から、全く免れて無縁であつたとは考えられないからである。

前述 Glanvill, Bracton への羅馬法影響の問題は、この様な歴史的背景の下に理解せらるべきであるが、尙お之に

關して特に我々の興味を引くのは十二、三世紀英法と北佛諸地方に行われたる法との並行關係の指示であつた。例
えば佛蘭西における大ボーマノアル Beaumanoir^(1246 or 1247 ~ 1286)と英國におけるブラクトンとの比較、對照の如き之
である。前者は北佛ピカルディ法に關し「ボーヴァジーの慣習」 Coutume de Beauvoisis, 1283 を著わし、「その
中世紀を通じ最も獨創的にして顯著なる法律的業績」なるを認められてゐる。<sup>(F. Larnaudé「山路鎮夫、千葉泰一、杉山
參照」後者にはイングラントの法に關し前記 De Legibus et Consuetudinibus Angliae, 1250頃)</sup>があるが兩者共に
如何なる程度、當時のローマ法研究復興から影響を受けたか、つまりは當時の西歐諸地方的慣習法に對し羅馬法が如
何なる影響、刺戟を與えたかが比較、對照せられ得るからである。^(一四)

其他、兩者共に慣習法であり、且つ共に佛蘭西語を以つてせられる裁判所に行われた法である限り、その間の類似
性、一様性を相當に見出し得ようとする見解は必ずしも不正確とは云い難く、尙お我々の研究すべき多くのものを包
藏してゐると信ぜられるのである。

(九) Holdsworth, History of English Law, 3rd ed. 1923. Vol. 2. pp. 176, 202.

Pollock and Maitland, History of English Law, 2nd ed. 1918. Vol. I. pp. 162, 165.

勿論、英法形成期における羅馬法影響を論ぜんとせば Lanfranc, Vacarius の名を逸する事は出来まい。特に後者 Vacarius は「羅馬法」カノン法研究についての「英國での最初の且つ眞の教育者、建設者」であつたとして指摘されてゐる。⁽²⁾
Holdsworth, History of English Law, 3rd. ed. 1893. p. 147, Pollock and Maitland, History of English Law, 2nd ed.
1898. p. 118, Vinogradoff, Roman Law in Medieval Europe, 2nd. ed. 1929 p. 62)

然し、本稿は、その傍題の示す様に「一應の史的背景に關する素描を試みんとするにあるが故に本文には之に觸れなかつた。たゞ此處で Lanfranc が學んだのは Bologna ではなく Pavía であつた事、純粹の羅馬法ではなく Lombard 法であ

つた。之に對し Vacarius は Bologna から招聘せられ Oxford に羅馬法を講じたのであり、また兩者の英國に活躍した時期でいへば若干の相異、それの事指摘しつゝ置か度。 Matland, *The English Law and Renaissance* p. 24 参照。

(10) Maine, *Ancient Law*, p. 82 参照。

(11) Holdsworth, op. cit. p. 267. なる Reeves, *History of English Law*. Vol. I. p. 531 参照

この點に關し Markby の「羅馬法の Bracton への影響は直ぐその英法への影響とは認められなくする所説が特に注目せらるべきであらう。

特に重要な個所は次の如くである。

「Bracton, Fleta, Glanvill 等は英國の法や慣習を扱うと稱しながら、その著書の中に羅馬法を具體化する事によつて英國裁判所に羅馬法諸原則を持ち來らんとした。然しこの試みは殆んど成功を見るに至らなかつた。Bracton の様な完成された著者の權威でさえ裁判官から強く排斥されているのは蓋しこの様な羅馬法の混淆の故であつたのである。」(Sir William Markby, *Elements of Law*, 4th ed., London. 1889, § 85)

「羅馬法の影響を受けたと見られる Bracton と Fleta と Glanvill もイヤー・ブックには引用せられて居らなう。その一體 Bracton の英法への影響とは何を根據に云われつゝのか私には了解し難い點がある」(Ib. § 89, note)

(11) Brunner, *Der Anteil des deutschen Rechts an der Entwicklung der Universitäten*, Berlin, 1896, s. 15.

「In England und Frankreich, wo die Aufnahme römischer Rechtsgedanken früher erfolgte, hat diese nach Art einer prophylactischen Impfung gewirkt und das mit ihnen gesättigte nationale Recht widerst andständig gemacht gegen zerstörende Infectionen」

(111) たとえば陪審制度並びに議會制度の中世における英國での發達を例にとつて見よう。それ等が歐羅巴大陸諸國におけると起源を共通にし乍らなおその發達、發展は、その態様、度合いを著るしく異に至るであろう。即ち陪審制度はやがて佛蘭西では衰微するに反し、英國では最も重要な制度の一となつて發展するに至る。また議會制度は遂に佛蘭西で王權絶體制に對する人民の權利保障の保壘たる役目を英國ほどには果し得なかつたが、英國では課税、立法に重要な役割を占め且つ爾後における法支配の保障に大きな貢獻を來すのであつたが、この様な差異は一體何故に生じたのであらうか。この様な場合比較考察

こそが眞の英國的發展を解明し得るのであつて、單なる内部的關連のみのもたらし得ない多くの理解を我々に與えるのである。⁸⁰ Holdsworth, *Historians* pp. 27, 120 尙お後出 (二二) 參照

(一四) F. de Zulueta, "Azo" *Ency. Soc. Sci.* vol. I, p. 372-3 參照。

Maitland, F. W., *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*. Selden Society Publications, vol. viii, (London 1894)

Vinogradoff, Paul, *Roman Law in the Medieval Europe* (2nd ed. Oxf. 1929)

尙おこの點については Pollock, *First Book of Jurisprudence*, 5th ed. (1923) p. 254 參照。

(b) 十六世紀は文藝復興宗教改革、羅馬法繼受の時代であつた。この大いなる文化的潮流の時代に、ひとり英國のみが免れて孤立の状態に立ち得たであらうか。歐羅巴大陸諸國では程度、態様の差はありながらも兎に角、羅馬法を繼受する結果を來したのに、ひとり英法のみは何等の反應も抵抗も示さずに濟んだと云う様な事があり得たであらうか。歐羅巴大陸では Aleiatus⁽¹⁴⁹²⁻¹⁵⁵⁰⁾ Zasius⁽¹⁴⁶¹⁻¹⁵³⁵⁾ Budé⁽¹⁴⁸³⁻¹⁵⁴⁰⁾ に至つて中世註釋學派の時代が去つて新しい人文主義運動の時代がやつて來た。その同じ時代に英國に Reginald Pole⁽¹⁵⁰⁰⁻¹⁵⁵⁸⁾ が現われる。Pole は當時の英法に鋭い批判を加へ、之に代えるに羅馬法を以てせん事を求めた。Pole のさう Henry VIII は更にその方向に若干の事業を進捗した。たとえば大學に羅馬法講座 (Regius Professorship in the Civil Law) (ケンブリッジに一五四〇年) を設立し、法典編纂を提言した如き、之であつたがこの様な事柄は一體何を意味するのであらうか。^(一六)

續して Thomas Smith⁽¹⁵¹³⁻¹⁵⁷⁷⁾ が出現するであらう。彼は佛蘭西の大學で新しい法學を學び、歸國して Aleiatus, Zasius の熱意を以て新法學を説く。^(一七)

その頃、英法に關しては漸く Coke (1552-1634) の Littleton, Tenure 論が出た。その難解、寧ろ晦澁とも云うべき點が大陸の法學者 Hotman (1524-1590) をしり Coke との論争を起せしめるに至る。(一八)

更に英法を羅馬法化せんとする運動は Starkey による「當時の凡ゆる文明國に共通なる羅馬法を」採用せんとする主張、少しく時代が下つては Bacon による法典編纂の主張等となつて現われるのであつた。(一九)

十六世紀になると再び羅馬法の影響が強くなり始めたとせられるのはこれ等の事實を指すに外ならない。之は換言すれば英法における一つの大きな轉換期であつたとも云い得るのであつた。(二〇)

繼受若くは影響の最も具體的且つ明瞭な現われは當時新たに作られた多くの裁判所の管轄權要求の問題であつたう。

問題はこうであつた。時代の新しい要求に應じて生じた諸問題、諸條件が或いは普通法の擴張、進展を求め、或いは普通法以外に管轄を既に有した Chancery, Admiralty 等の管轄擴張を要求したし、更にまた之等從來の裁判所の外に新しい管轄を行う裁判所の發生をもたしたのであつた。この場合、この様な裁判所は歐羅巴大陸諸國での諸事情、諸主張に多かれ少かれ導かれ、法律上の原理、理念にして影響を受け、之を受け入れるかに見えたものも多かつたのである。(二一)

結論的に之を云えば、次の様な諸點に當時の影響の根跡を見る事が出来るであらう。

(I) 海事法、商事法の分野に關しては海事裁判所が當時、歐羅巴大陸諸國に共通に行われていた商事法を吸収した。英法における保險、銀行、有價證券法の起源、沿革は遡つて之を大陸法史に求めなければならぬものが多いの

である。

(II) 刑事法に關しては Star Chamber を通つての大陸よりの影響を此處に想起しなければならぬ。Star Chamber は薔薇戰役後期の混亂に對應して、その役割を果したのであるが、之は大陸での刑事訴訟手續の影響を受けたであつた。Star Chamber そのものは一六四二年消滅に歸する。しかしそれが爾後における普通法刑事訴訟手續に與えた影響は尙お之を見逃す事は出来ないであらう。

(III) 中世における衡平法は羅馬法からの影響が著るしかつたとされる。その訴訟手續の簡易化、急速化に關しては影響の見るべきものが存したし、また少しく時代が下つて衡平法裁判所が宗教裁判所から遺贈其他、之に類する訴訟を受けつぐに至るや、從來之等を律した原理、原則がそのまゝ承繼せらるゝに至る、つまりはカノン・ロウからの間接的な繼受が見られるに至つたと稱し得るのであつた。⁽¹¹¹⁾

之を概言すれば、其處で「中世英國法が人文主義からの鋭い攻撃にさらされた」事も、また羅馬法を繼受しようとする若干の運動が存した事も、更に又前記の様な若干の成果、影響が見られた事も事實であつた。然し「繼受は之等 Regius Professor 達が主張した様には行われなかつた」事にも間違ひはないのであつた。

然らば何故にこの様な結果を生ずるに至つたのであらうか。

惟うに之は當時までに既に英普通法が確立し、羅馬法影響に堪え得たる事を示すものであつた。即ち少くとも十六世紀頃迄には既に英普通法體系が基礎を確立し得たりし事、インズ・オブ・コートでの傳統に支えられ、メイトランド所謂「強靱なる法」が既に存在し得て居た事、之である。インズ・オブ・コート並びにイーヤ・ブックこそ英法の

最も特色ある制度であるのであり、これが又英國を他の凡ゆる國々から異なつて傳統的強韌の法體系を持ち得させしめた。斯くてこそ始めて十四、五世紀と云う時代に愛國的精神の裏附の下に、その獨自性、孤立性を主張し得たのであつたし、また十六世紀ルネッサンス期に羅馬法からの影響を排除し、自らの危機を脱却し得た最大の原因であつたとなしうべきなのである。

更にまた既にこの時代迄に英國史の檜舞臺に登場するに至つた二者を此處に想起すべきであると考え。共に封建國家より近代資本主義國家への變轉期の所産として見る事が出来るのであるが、一は次第にその權力を伸長し來つた王權であり、他は次第にその隱然たる勢力を伸張し來りつゝあつた市民階級の二者である。

英法史上の現象にして之等歴史的事實と深い關係に立つものも多いと考えられるが故に少しくその過去を顧みて見よう。

既に Edward I はウェールズ及びスコットランドを合併せんとし、ために國民の凡ゆる階層を含めた戰爭熱を昂めた。Henry 諸王が佛蘭西王位繼承問題、フランダース通商問題を廻つて起した所謂、百年戰爭は、當時の海事、商事的利害にも關係が深かつたので之亦國家意識、國民感情を大いに昂めたのであつた。然るに同時に之等の戰爭並びに續けて起つた薔薇戰役は當時尙お英國に残留していた封建的諸勢力を一層失墜せしめるに至るのであつた。同時にこの様な主體的條件の成熟をまつて絶対王政の確立がチュードル期の祖 Henry VII ⁽¹⁴⁸⁵⁾ ₍₋₁₅₀₉₎ の出現によつて見られるに至るのであつた。

他方、羊毛工業を中心に漸く勃興するに至つた市民階級の興起は略々之に並行して行われるのであつて、此處に多

くの之に相應した問題が或いは起り、或いは解決せられるに至る機運に際會するのであつた。

十四、五世紀における羅馬法熱衰退の勢いと、愛國的法律家の輩出とは、この様な事情の下に可能とせられ得たのであつた。同時に十六世紀は同じく其等事情の成熟を俟つて英國近代史の成立を劃するに至る。其處での問題も、それに相應した生起と解決を見るに至るであろう。前述十六世紀における羅馬法影響の問題も、實はその一の態様であつたとす事が出来るのである。

その様な事情にあつて、其處に既に前述の如く英普通法の既に成立し居りたる事、インズ・オブ・コートでの傳統に支えられつゝ強靱なる法が存在し得て居た事を想起せねばならぬのである。蓋し斯くてこそ十四、五世紀愛國的法律家の輩出も、十六世紀羅馬法影響排除も説明し得られるからである。

然り其處に英法の獨自性、孤立性が維持、繼續し得られた。爾後英法に若し改革すべきもの、加うべきものありとせば、この自ら保たれ得たる法體系を前提として爲さるゝであろう。

事實、十六世紀も中葉をすぎると英法も新生面を展開し始めるであろう。中世イーヤ・ブックが、當時漸くに實用の域に達した印刷術によつて刊行、流布を見るに至る。又イーヤ・ブックの時代が終り、やがて新しい判例集が刊行せられるに至るであろう。既に中世紀を通じ次第に固定化を示しつゝあつた先例踏襲の慣行も、十六、七世紀に至ると略々その確立を見るに至るのであつて、この様な諸事情は英法の時代適應化の運動であつたと共に、英法自身の性格の固定化、發展化でもあつた。斯く英法體系の強化、革新が加えられる事によつて益々その自足完了への道を急ぎつゝ且つその強靱性を増し得ていた事、これが英法其の後の羅馬法影響、若くは法典化等の問題に大いに關係して來

るのである。若くはその影響の性格なり限界なりを規定する場合の最大要因なりと考えられるに至るのである。(一一三)

王權と市民階級對立の問題は、更にこの英法發展の方向、過程においてその解決を迫られる事となるであらう。然し、それは次の時代、十七世紀スチュアート時代の史的展開を待たねばならぬのであった。

(一五) この問題に最初にとり組んだのは Maitland, (*English Law and Renaissance*) であった。また特に氏の研究を契機に十六世紀英法史研究が著るしい發展を見せたのも事實であつた。本稿この條を成すに當つては之に據る處が多かつた。引用箇所は各個所に掲示するに努めたが、尙お今後に於ける更に充分の研究と照會を必要とすると考えらる。

(一六) Reginald Pole につき Maitland, *op. cit.* p. 7, Henry VIII に關しは p. 73-4, Note 46, 參照。

(一七) Maitland, *op. cit.* p. 9-10, 16.

(一八) Maitland, *op. cit.* pp. 13, 58. Note 29.

(一九) Starkey につきは Maitland, *op. cit.* p. 41 Note 11. Bacon につきは pp. 20, 65, 74, Note 37, 48, 參照。尙お最近 Kathleen M. Burton による Thomas Starkey, *A Dialogue between Reginald Pole and Thomas Lupset*. (London, 1948) が刊行された。

(二〇) 十六世紀羅馬法影響に關し注目すべき論爭が行われた。それは Maitland が Henry VIII 治世に英普通法は羅馬法からの影響によつて危險にさらされた (*crisis of the common law*) とするに對し Holdsworth (*A Concise History of the Common Law*, 3rd ed. 1923 at 252, 285) 及び Plucknett (*A Concise History of the Common Law*, 1929 at 213) は「普通法に關する限り、それ程の危機にあつたとは認め難い。たゞ普通法の英國での唯一、最高法體系性に對しては衡平法裁判所始め大權裁判所 *Prerogative courts* からの激しい挑戰があつた。この後者の側に羅馬法からの影響が強かつた事を強調するのであつた。本稿ではこの後説に従つて説明を加えた。

(二一) 法律制度の世界性につき Maitland は多くの事例を掲げている。たとえば *Masters of requests* は元來佛蘭西起源であつた、そしてこの様な借用、影響の事例は當時相當多かつたと考えべきである。恰度 *Secretaries of state* が西班牙に發し、

世界中に擴まつた如きもの事例として見得る」とする。(p. 49 Note 17)

また英國では Curia Regis から council だの court だのが進化、發展したとして説かれるのであるが、佛蘭西でも之に似た現象が略々並行的に存した事は見逃し得ない。「その類似性たるや著るしく、爲めに兩者間の模倣關係すら考えられる程である」といふ。(p. 69, note 45)

(二二) この點に關し Maitland は Selden Society に於いて刊行せられるに至つた Select Cases in Chancery, ed. Baildon Select Cases in the Court of Requests, ed. Leadam を「羅馬法的手續を著るしく具現したもの」として Select Cases in the Court of Admiralty, ed. Marsden と比較、考察して見よとす。

但し我々が特に注意しなければならないのは「中世衡平法が羅馬法の實體的内容を繼受した事については未だ立證せられるに至つて居らない」とする氏の提言であらう。(p. 85 note 55)

(二三) 英國法律家は常に「純學問的見地からしても、尙お死せるライオン the dead lion よりは寧ろ生ける大 the live dog を選ぶ」しそれに「羅馬法は主權絶對の思想と極めて關係が深い went hard in hard」と考えるが故に「遽かに他民族の法を用い、コルプス・ユリスなる屍を生けるものに見せかけてその場を糊塗する如き術學性」は自らの取らざる所なりとして獨自性を保つた。(Maitland, op. cit. pp. 26, 31 参照) 此處にも英法孤立性の一つの姿が存するのである。

(e) 十八世紀以降における羅馬法影響を論ずるに當つても、同じくこの英法の固定化、體系化を見ねばならぬ。否、十六世紀に續いて十七世紀スチュアート王朝時代は更に一段とその固定化、體系化の度合いが高められた事を考慮に入れなければならぬであらう。

十六世紀のルネッサンスに對し、十七世紀はジュリタン革命、名譽革命の世紀であつたとする事が出來よう。これ等革命を経て英法は更に一段と制度的發展を來たした。法律的には權利章典 (Bill of Rights 1689) 王位繼承法 (Act of Settlement, 1701) 等の制定を此處に想起すべきであらう。

權利章典によつて、國王は國會の協賛を経ずしてなす法律の効力停止、その適用の免除等を禁ぜられるに至る。また臣民の請願權、國會における言論の自由が認められる外、過度の保釋金 (*excessive bail*) 及び罰金、殘酷且つ異常な刑罰 (*cruel and unusual punishments*) を禁止する等の重要規定が設けられる。但し之は既に一六二八年、權利請願 (*Petition of Right*) によつて與えられた方向の一步前進であつたのである。即ち同請願によつて、國會の承認なくして課税し、又國法によらずして國民を逮捕拘禁することを禁止するなど、種々の自由權を保障せんとする (我はその様な權利保障に關する規定の原型を既に古く一二一五年大憲章^{マグナカルタ}にも見出す事が出来る) のであつたが、今や權利章典によつて一層國民の自由についての保障が確保せらるゝ事となつたのであつた。

王位承繼法にも重要な規定が含まれた。その中、特に我々が此處で挙げねばならぬのは、爾今裁判官たる者は、「任命權者が何時にても任意に罷免し得る」*Durante bene placit* 様な不安定な地位を脱し、「罪過なき限り」*quando bene gesserit, dum bene se gesserit* 罷免せられざるべき保障を受けるに至つた事であつた。

いゝわば此處に國民の權利保障、議會制度の確立と共に、之を司法的に遂行すべき任にある者、裁判官が王の專斷、恣意より獨立たる事を保障せられるに至つたのであつて、之は當時漸くにして確立への曙光を認められるに至つた先例主義の成長、發展と共に、英法發達史上の重大事實であつた。英普通法の時代に順應した發展の一大成果と稱せらるべきであらう。

先に、中間的存在としての封建的諸勢力の失墜と共に、強力王權の確立、市民階級の興起の事に觸れたのであつたが、今、これ等權利章典、王位繼承法等をもつてする王權絕對制の制限、課税權の限定を始めとする所謂、議會制度、

司法制度の確立、保障はまことに時代的必要性に順應した解決策であつたとなし得よう。勿論、事此處に至るまでにスチュアート王朝時代の王と國民との血腥い闘争を経なければならなかつたし、またそれ相應の犠牲を拂わねばならなかつた事ではあつたが、兎に角其間恰好な調和、階調を生むに至つたとする事が出来るのであつた。否、更にその様な解決、調和に支えられつゝ其等の制度を基礎に大いに國家的繁榮がもたらされ得るに至つたと見る事が出来るのである。蓋し當時漸くにして起つた英國の商業的繁榮について、また個人的企業活動が最大限の效果をおさめ得るについて、之等諸制度はまことに重要、不可缺の基礎たり得たと考えられるが故に外ならない。

つまりは、商業的繁榮、企業的活動の制度的基礎として著るしく法の安定性、明確性が要求せられる、將來起ることあるべき紛争に對する解決の豫見性なくしてもはや法的生活は不可能となるのであり、其處では道德的命題、便宜をもつて律するよりは寧ろ合理主義的判斷の正確、明確なるを欲するのであつて、將來の行動を規律すべき標準を與え得べき體系的法律並びにその圓滑なる運営こそ、その前提的要件であつた。十六、七世紀という時代は、まことにこの様な行動の豫見性、法的安定を強く要請したのであり、之に對應した役割を、前記諸法史的事實が果したと考えられるからである。思えば之等の時代の、英法發展史に於いて占める地位、時代適應化運動での重要性もまことに大なりとせられねばならぬのであつた。(二四)

今、この事を別の言葉で云い表わすならば、英法十八世紀には既に、既に（歐羅巴大陸諸國に魁けて比較的早くより）全國的統一の法、普通法が成立してしたのであり、また其後の時代の進運に順應して（前記の様な歴史的階段を経つゝ）法の安定性、確實性にも相應の改革、發展を遂げ得ていた、と爲す事が出来るのである。

十八世紀以降における羅馬法影響、比較法的現象を見るに當つては、常にこの事を考慮に入れて考察を進めねばならぬと爲す所以は此處に存するのである。

十八世紀になると Holt が普通法裁判官 (1642—1710) となつて普通法が當時新たに獲得した商事法分野に關する管轄に活躍し大きな成果を示す。また 1642 Mansfield (1705—93) が單に普通法に關する知識のみでなく、その外國法に關する識見を驅使して、同じく商事法分野の普通法體系への吸収に大きな貢獻を遂げる。^(二五)

その場合前者には「英法上の或る原則は羅馬法から借用したものである。そこで兩者間共通の理由を基礎に持つ事もあり得る」(Holt in Lane v. Cotton,¹ Id. Kayn. (1701) 646, 652) との意見が述べられたるあり、また後者には佛、獨、和蘭、伊等の法律書から得た知識を驅使した事からして餘りにも羅馬法を重んじ、英法を困惑させたかの論をなす者もあつた。即ち「英普通法を輕視若くは無視し、英人の未だ知らざりし法律原則、格言を自らの主宰する裁判所に導入し、吸収するにこれ努めた」として批難する者すらあつたのである。^(二六)

然しこの様な見解は當らざる事、遠いのであつて、いずれの場合にも、英法上に先例なく、その據るべき根據に缺くる場合に羅馬法、大陸法的著作から援用、以て裁判をなしたに過ぎない。其處では英普通法上の原則に替うるに羅馬法上の原則、格言を以てした程の強い意圖は何處にも見出し得ない。また英普通法體系はそれ程微弱でもなかつた。既に自らの確定化、明確化への道を歩んで來て居た事を見逃すべきではない事、既に前述の如くなのである。

續く十九世紀以降ともなると羅馬法に對する關心は一層甚だしく且つ明瞭となるであらう。我々は司法判決に當つてのその影響を端的に示したものととして次の著名な裁判官 Finlaid の言を引用する事が出來よう。

「羅馬法は我が國民に對して直接に拘束力を持つては居らない。然し英國の法律書中にある先例によつて認められていない所の原則によつて、或事件を裁判するに當り、幾多の大法學者の研究の結果として又幾世紀の智力の結晶から成つてゐる法律、而かも歐羅巴に於ける多數の國の法律の基礎となつた法律（羅馬法）によつて、吾々の見解が確認せられるときは、吾々の判斷が正しいものであるという、極めて有力な證據を吾々に與えるものである」(Tindall, *Acton* 12 M. & W. (117) (324-325) 27.)

英國法律學へのその影響は更に一層甚だしく且つ顯著であつたとなし得よう。Austin を始祖とする分析學派、Marens を創始者とする歴史法學を始め、十九世紀後半における著るしい判例法成文化、部分的法典化の傾向、更にその末葉以降における大學での法學教育、法律學の發達、發展は、次第に英米法と大陸法が或る程度の接近を示したとすら感ぜしめるものが存する。其間、相互の影響關係は英法學にとつても甚だ興味も深いし、重要な問題でもあると信ぜられるのであるが、^(二八)しかし何れにしても之等凡てが、既に形成せられ、且つその發展期に激しい羅馬法からの攻撃を受けたるに拘らず、よく之に堪え、而も更に自己独自の法體系を樹立、確保し得たる（その具體的態様について一應從來見て來たのであるが）英法、英普通法を基礎、根幹とした出來事なのであつて、凡そ學問の發達にしろ、法律の整備、統合にしろ、この從來からの傳統的諸性格を一抛、一變するていのものではなかつた事を常に考慮する必要が存するのであつた。

即ち、既に屢々指摘せる如く、普通法法律家達こそが飽く迄英法史の主流を擔當し、英法を從來からの傳統に基づきつゝ發展せしめたとなし得るのである。其處での羅馬法からの影響、刺戟も飽く迄この主流、根幹としての英法、

英普通法を土臺としての出來事なのであつて、之を否定し、一變し去る程の力は未だ示して居らないのであつた。まことに、此處にも著るしい英法孤立性の姿を見る事が出來るとせられねばならぬのである。

(二四) Introduction by O. Kahn-Freund to Karl Renner's Work on the Institutions of Private Law and their Social Function. 参照。

(二五) 尙お國際法の分野となるこの事は一層著るべき。Prize law に関する Lord Stowell の活躍の如きその著例であつた。Stowell に関する Roscoe, Edward Stanley, Lord Stowell, His Life and the Development of English Prize Law (Lond. 1916) 及び "The Influence of Lord Stowell on the Maritime Law of England" in Law Magazine and Review, 5th ser. vol. xxvii. (1901—02) 210—18 参照。

Mansfield に関する Campbell, Lives of the Chief Justices (3rd ed. 1874) 275. 312. 外に 1 Holdsworth, History of English Law (3rd ed. 1923) 572. 5 id. 129. 147.

Plucknett, Concise History of the Common Law, at 170. 215 参照。

(二六) David T. Oliver, Roman Law in Modern Cases in English Courts. in Cambridge Legal Essays. 1926.

(二七) 此の點に關しては次の如き拙稿に若干の分析、解説を試みて置いた。参照を乞ふ度。

英國の比較法學について〔昭和廿五年十一月〕一號)

比較法學の近代性について〔早稻田法學〔昭和廿七年十二月〕第廿八卷〕

メイトランド法史學の發足〔早稻田法學〔昭和廿九年五月〕廿九卷第一冊
廿九年一月〕廿九卷第二、三冊〕

四

實は本稿、孤立性を論ずるについて、特に之を明かにせんと目圖した著るしい目的並びに方法が存した。それは英
英法の孤立性について

法孤立性の性格とその限界を明瞭ならしめんが爲め、出來得る限り視野の廣さ、いわば比較的方法に懇えんとした事であつた。

元來、英法史は西歐羅巴文化史の一部、しかも有力な一部をなすのであつて、當然に、英法史の研究を單にその内部的關連の追求のみに限定してう事は出來ない。英法發達の眞の理解に到達せんがためには他法系とも、またその歴史の凡ゆる段階とも通じて居る必要があり、其處では常に比較なる基礎に立ちつゝ研究を進めて行かなければならないとする事、之であつた。由來、「工業生産品に世界的交易が行わるゝように、法律思想にも世界的交易が行われる。そして、この法律思想の交易、法律史及び法律目的についての思索の方法及びその成果の傳播には、何等水陸の國境がない。かゝる交易は、色々な形態の輸送機關によつて、一の時代から他の時代へ、一の地域から他の地域へとなさるゝのである。人間や書籍の世界的移動は、思想的移動を意味する」のであるから、この事を英法史について常に考察し、以つて「イギリスは、その全歴史を通じて、世界の法律的各地域間に於ける、法律思想の相互的輸送の、貿易路の中に含まれて居た。イギリス法及びイギリス人の法律觀には、幾つかの獨自の個性があるのは事實である。しかも、それらの特徴すら、色々な淵源から派生した多岐多様な要因と混合したものである。それらの特徴は、純土着的、純民族的、純島國的なものではない。イギリスの法律思想には純孤島のものもある。しかし、同時に、他の特徴は、イギリスと、西洋におけるすべての他の地域とに、共通な傳統とすべきものもある」事を實證しなければならぬのである。(括弧内はすべし Hazeltine, "The jurists' explanation of legal development in England and elsewhere" op. cit. より引用)

蓋し、斯くてこそ始めて英法並びにその法律思想に混合、流入した種々な淵源、要素を分析、理解する事が出来る

であらうし、またその純粹に土着的、種族的、島國的なる要素をも識別、判定する事が出来る筈である。西歐羅巴文化史における英法史の地位、意義も此處に始めて明かにせられ得るのであり、ひいては英法の孤立性の意義、限界も始めて明瞭たらしめ得ると考えられるが故であつた。^(二八)

英法が孤立性を贏ち得たについても幾つかの原因を挙げねばなるまい。その民族的、環境的原因もさる事ながら、特にその歴史的、制度的原因を此處に擧げる必要があらう。

メイトランドのルネッサンス論は此の點に關し、インズ・オブ・コート並びに其處にイーヤ・ブックありたればこそ英國獨自の法體系が保たれたとなした。この事ありたればこそ十六世紀における繼受よりの危機を脱却し得たのであり、またこの様にして成立し、確定的存在たり得たる法學傳統こそが英法の歴史的繼續性と、その法における強韌性(二九)とを贏ち得さしめた旨を主張した。同時に氏がこの様な諸事情が英法自らを他から孤立させて了つた旨を強調したのは極めて興味深き指摘であると信ぜられるのであるが、之等の場合、實は「歴史は比較を含む」との立場に立ちつつ英法史を通觀しての結論、英法孤立性の主張であつたと考えられるのである。

本稿、孤立性の意義並びに態樣を論ずるに當つても亦この立場、方法に立ちつゝ所論を進めたのであつた。

既に歴史は比較を含むとの廣い立場に立つ限り、英法は遂に歐羅巴大陸諸國法からの絶縁、無縁の關係にはあり得なかつた。つまり英法はその孤立性は謳われようと、遂に孤絶性を以ては稱呼し得ないのであつて、この事は英國比較法學の理解にも甚だ重要であると信ぜられる。蓋し屢々指摘せられて居るように(1)英法について比較法制史的研究は甚だ重要である。(2)英法史には比較的早くより比較法的研究が現われているが故である。即ち、(1)英法發達史の

理解に大陸諸國法との比較考察が必要である事は、單に兩者間に直接的史的關連がある場合のみに限らない。之なき場合についても尙お間接的、消極的關連において常に比較、對照しつゝ考究する必要がある事、既に若干事例を擧げて説いた如くである。(2)英法はその孤立性を謳われる事多く、他國法との關係、厚からざるを思わしめるものあるに拘らず、事實においては比較的早くから、また意外に多く比較法的研究が行われている。この事は英法がその發展の過程において屢々大陸諸國法と接觸し、之を參酌し、研究すべき機會と必要に迫られていた事を物語るものでなければならぬ。即ち英國には古くから比較法的研究が盛んであつたとなし得るのであつて、「法的孤立主義をもつて鳴る英國が、比較法の分野で多くの先驅的役割を果して居る事は、寧ろ稀異の感をすら抱かせる程である。」とする G. H. L. P. (110) と言葉はこの間の事情を説き得て甚だ興味深いと考えられる。

今、この様な現象は英國比較法學の理解にとつて甚だ重要な事柄であると考えられるのであるが、之等は凡て英法が孤立性をこそ帶びたれ、他法系から全く孤絶して居つたのではなかつた事、つまりはその様な事情の下にして初めて生じ得る現象、結果なのではなかつたであらうか。

之等の問題に對し、我々は英法孤立性の意義、態様を明かにし、更に孤立性の性格並びにその限界を訊ねる事によつて答へんとしたのであつた。

その場合、メイトランドを以て始まる英法史的研究、比較法的諸研究の成果は、その所論を進めるについて、大いに依據せねばならなかつた事、既に前述の如くである。

(二八) この點に關し久保正幡氏によつて爲された論述が注目を惹く。氏は西洋法制史研究について各國別法制史と超國別法制史研

究とを分け、内外の西洋法制史學者の多くが、西洋法制史は、國別的法制史でなければならぬと主張し、或は所謂祖國法制史 (Vaterländische Rechtsgeschichte) の立場に安住するのは、諸國が各々獨立の政治的發展を遂げると共に、また獨自の法制、文化を發展せしめた限り、正當性を認められる。然し乍ら國別的考察のほかに、西洋諸國法制史をなんらか統一的視野の下に收めるような超國別的綜合的考察の成立の餘地はないものであろうか、と先ず問題を提起し、續いて「西ヨーロッパ諸國における法制殊に私法の發展について之を可能なりとし、そのような考察の一方法として「ゲルマン法史」という體系を構想する」とせられた。

- (二九) 久保正幡「ゲルマン法史の構想」(學術大觀西洋法制史研究の一方法) 三〇八頁、興味深く且つ注目すべき所説たるを失わない。
現つてゐる。English Law and the Renaissance, p. 35.

- (三〇) Gutteridge, Comparative Law, p. 142.

—丁—